



《論説》 量的過剰の問題と正当防衛状況の関係

著者	木崎 峻輔
雑誌名	筑波法政
号	69
ページ	65-90
発行年	2017-02-10
URL	http://hdl.handle.net/2241/00145456

量的過剰の問題と正当防衛状況の関係

木崎 峻輔

- 第1 はじめに
- 第2 量的過剰に関する学説上の議論
 - 1 問題の所在
 - 2 学説
 - (1) 全体的考察を否定する見解
 - (2) 全体的考察を肯定する見解
 - ア 事実的行為を基準とする見解
 - イ 防衛行為性を基準とする見解
 - 3 検討
 - (1) 量的過剰の判断基準
 - ア 分析的評価と全体的評価
 - イ 事実的行為の基準と防衛行為性の基準
 - ウ 部分的な正当化の可否
 - (2) 正当防衛状況との関係
- 第3 量的過剰に関する判例の立場
 - 1 問題の所在
 - 2 判例・裁判例
 - (1) 侵害の継続性を肯定した事例
 - (2) 侵害の継続性を否定し量的過剰も認めた事例
 - (3) 侵害の継続性を否定し量的過剰を肯定した事例

- 3 検討
 - (1) 量的過剰を認めた事例の実態
 - (2) 量的過剰の根拠
- 第4 量的過剰の問題と正当防衛状況の関係
 - 1 問題の所在
 - 2 量的過剰を認めることの当否
 - (1) 過剰防衛の減免根拠との関係
 - (2) 誤想防衛との関係
 - 3 正当防衛状況との関係
 - (1) 前提としての正当防衛状況
 - (2) 認定のプロセス
- 第5 おわりに

第1 はじめに

量的過剰とは、過剰防衛のうち、侵害行為そのものはすでに終了したのに反撃を続けた場合をいう¹。量的過剰の問題については、従来は過剰防衛の減免根拠に照らして、急迫不正の侵害が終了した後になされた反撃行為についても36条2項による刑の減免が認められるかが議論されてきた²。しかし、最高裁

1 大塚仁ほか編「大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻」(2016年、青林書院)634頁〔堀籠=中山〕。なお、佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究84巻9号(2011年)176頁は、量的過剰が問題になる場合について、行為者が侵害の終了を認識していた場合に限定すべきとするが、本稿では一般的な定義に従い、侵害行為そのものはすでに終了したのに反撃を続けた場合全般を量的過剰として検討の対象とする。

2 このような観点から量的過剰の問題を検討する文献として、川端博「正当防衛権の再生」(1998年、成文堂)279頁以下、橋田久「量的過剰防衛—最高裁平成20年6月25日第一小法廷決定を素材として—」刑事法ジャーナル16号(2009年)21頁、同「外延的過剰防衛」産大法学32巻2=3号(1998年)227頁、山本輝之「量的過剰防衛についての覚書」研修761号(2011年)9頁、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修654号(2002年)3頁、安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑法雑誌50巻2号(2011年)173頁、同「事後的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年、成文堂)243頁、原口伸夫「量的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年、成文堂)271頁など。

平成20年6月25日決定³（刑集62巻6号1859頁。以下、「平成20年決定」という。）を契機として、このような議論状況に変化が生じることになった。同決定は、被告人と被害者が殴り合いになり、被害者からアルミ製の灰皿を投げつけられた被告人が、灰皿を避けながら被害者の顔面を殴打したところ（第1暴行）、被害者が仰向けに倒れて動かなくなったにもかかわらず、さらに被害者の腹部を蹴り付けるなどの暴行を加え（第2暴行）、第1暴行に起因するクモ膜下出血により死亡させたという事案であるが、最高裁は、被告人の第1暴行と第2暴行を分断して評価し、第1暴行は正当防衛として、第2暴行は単なる犯罪行為とした。同決定は、最初に判断の対象となる「1個の行為」の内容を確定し、それが確定した後に、当該「1個の行為」全体について構成要件該当性及び違法性阻却事由の判断を行う「全体的評価」という判断方法を

前提として⁴、第1暴行と第2暴行が侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点で明らかに性質を異にすることを理由に、両者を「1個の行為」として評価すべきではないと判断したものと解されている⁵。同決定においては、過剰防衛の減免根拠は問題にされず、被告人の一連の反撃行為を1個のものとして評価すべきかが問題にされている。そこで、同決定を契機として、量的過剰の問題について、「一連の行為」の観点からの議論が活発化することになった⁶。このような近時の議論においては、従来から議論されていた、急迫不正の侵害が終了した後になされた反撃行為についても36条2項の減免の効果を認めるべきか否かという問題、すなわち全体的評価と分析的評価のどちらが妥当であるかという問題に加えて、被侵害者の反撃行為の個数についての判断が、体系論的に構成要件該当性及び違法性阻却事由の判断を拘束する

3 同決定に対する評釈として、松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成20年度〕』（2012年、法曹会）488頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー645号（2008年）131頁、成瀬幸隆「判批」論究ジュリスト1号（2012年）217頁、同「判批」『刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（2014年、有斐閣）56頁、初又且敏「判批」捜査研究691号（2009年）7頁、中川深雪「判批」研修728号（2009年）13頁、山本輝之「判批」『平成20年度重要判例解説』（2009年、有斐閣）176頁、川端博「判批」判例時報2048号（2009年）165頁、西岡正樹「判批」法学74巻2号（2010年）143頁など。

4 松田・前掲注（3）502頁以下、豊田・前掲注（3）131頁、成瀬・前掲注（3）論究ジュリスト220頁、中川・前掲注（3）23頁、西岡・前掲注（3）146頁。このような意味における全体的評価について、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系30〔刑法・刑事訴訟法〕』（1999年、新日本法規）134頁以下。

5 松田・前掲注（3）511-2頁、中川・前掲注（3）23頁、豊田・前掲注（3）131頁、成瀬・前掲注（3）論究ジュリスト222頁。

6 このような観点から量的過剰の問題を検討する文献として、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価—複数行為における分断と統合の問題—」刑事法ジャーナル19号（2009年）39頁、仲道祐樹「行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—」（2013年、成文堂）213頁以下、高橋則夫＝仲道祐樹「刑法の体系性と過剰防衛」高橋則夫ほか『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方』（2014年、日本評論社）80頁、山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009年）50頁、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（1）（2・完）」法学74巻1号（2010年）1頁、75巻6号（2012年）48頁、佐藤・前掲注（1）173頁、深町晋也「『一連の行為』論について—全体的考察の意義と限界—」立教法務研究3号（2010年）93頁、小野晃正「防衛行為の個数について—『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察—」阪大法学60巻6号（2011年）83頁、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年、成文堂）215頁、橋爪隆「防衛行為の一体性について」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、有斐閣）93頁、照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑦』（2014年、成文堂）35頁、滝谷英幸「量的過剰とその周辺問題」早稲田大学大学院法研論集145号（2013年）187頁、林幹人「量的過剰について」判例時報2038号（2009年）14頁、高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台法学26巻2号（2013年）45頁、日和田哲士「防衛行為の一体性について」上智法学論集55巻2号（2011年）37頁、植田博「量的過剰の周辺問題」修道法学33巻1号（2010年）55頁など。

かという問題（タテの問題⁷）や、判例が採用している全体的評価の方法を採用した場合であっても、部分的に見れば正当化が認められる行為については正当化を認めるべきではないかという問題⁸が議論されている。

ところで、量的過剰の問題は、急迫不正の侵害が終了した後の反撃行為につき過剰防衛としての刑の減免を認めるかという問題であるので、そもそも被害者と被被害者の間の継続的な闘争状況において急迫不正の侵害が終了したといえるかという問題、すなわち侵害の継続性の問題と密接に結びついている⁹。この侵害の継続性という問題は、結局は急迫不正の侵害の存否に関する問題であることから、連続的な闘争状況における正当防衛状況の存否の問題と言い換えることもできる。また、前述のように平成20年決定の判断においては、侵害の継続性の有無に加えて、被告人の防衛の意思の有無を基準として被告人の反撃行為を分断して評価したとされているが、被被害者の主観的事情である防衛の意思は、正当防衛状況の存在により基礎付けられると解されている¹⁰。

このように考えると、量的過剰の問題は、正当防衛状況の存否の問題と密接に結びついており、正当防衛状況の観点からも検討を加える必要があるように思われる。本稿では、このような問題意識に基づき、まず近時の量

的過剰に関する学説上の議論について検討し、量的過剰の問題を正当防衛状況の問題と関連させて検討することは理論的に許されるのかを明らかにする。次に、量的過剰が問題となった判例・裁判例を検討し、量的過剰を認めたとされる事案は、実際にはどのような事情を根拠に過剰防衛としての刑の減免を認めているのかを明らかにする。その上で、量的過剰の問題の実態を踏まえて、正当防衛状況の観点からの合理的な事案の処理の方法を検討する。

第2 量的過剰に関する学説上の議論

1 問題の所在

冒頭で述べたように、現在の量的過剰の問題に関する議論の対立軸は、従来から議論されてきた全体的評価と分析的評価の対立に加えて、行為の個数に関する判断の体系論的な拘束力の有無、全体的評価を認めた場合における反撃行為の一部の正当化の可否という点にある。また、かつては量的過剰の問題は、過剰防衛の減免根拠論と直結させて議論されていたが、現在ではそれだけでは不十分であるとされる。すなわち、過剰防衛の減免根拠に関する違法性減少説からは、主に全体的評価を否定する見解が主張されているが¹¹、こ

7 仲道・前掲注（6）225頁以下、高橋＝仲道・前掲注（6）83頁以下、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号66頁以下、照沼・前掲注（6）52頁以下、滝谷・前掲注（6）197頁以下など。

8 山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号（2009年）83頁、山口・前掲注（6）57頁、橋爪・前掲注（6）103頁、照沼・前掲注（6）50-1頁、深町・前掲注（6）120頁以下、仲道・前掲注（6）238-9頁など。

9 松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（2006年、判例タイムズ社）134頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年、有斐閣）162頁参照。なお、永井・前掲注（4）136頁は、侵害の継続性を認めて全体を過剰防衛とする場合と、侵害の継続性を否定した上で全体を過剰防衛として評価する場合、すなわち本稿でいう量的過剰の場合を、全体的評価が問題となる2つの類型とした上で、「事の実質においてさほどの違いはないように思われる。」と指摘する。

10 香城敏磨「正当防衛における防衛の意思」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定一裁判例の総合的研究一（上）』（1992年、判例タイムズ社）305-6頁、秋山敬「正当防衛における防衛の意思」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）（第2版）』（2013年、立花書房）99頁、中川博之「正当防衛の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題（第3版）』（2015年、成文堂）149頁。

のような減免根拠からも、侵害終了前の行為と終了後の行為の連続的一体性により反撃行為全体の違法性が減少したと解して、全体的評価により量的過剰を認めることが可能であると解することもできる¹²。また、減免根拠論についてどのような立場に立ったとしても、結局は過剰防衛行為の行為把握の問題は残るということも指摘されている¹³。

そこで、本稿においては、まず前提として、過剰防衛の減免根拠論以外の見地も考慮し、上記の対立軸につきそれぞれどのような立場を採用する見解が妥当といえるかを検討する。その上で、このような見解に照らすと、量的過剰の問題を正当防衛状況の観点から検討することは理論的に可能といえるのかを明らかにする。

2 学説

（1）全体的評価を否定する見解

まず、急迫不正の侵害が終了した後の反撃行為について、急迫不正の侵害に対する反撃行為と一体的に評価することは妥当ではないとして、量的過剰という概念は否定されるべきであるとする見解が主張されている。このような見解は、主に過剰防衛の減免根拠を違法性の減少に求める立場から主張されている。すなわち、過剰防衛も不正の侵害に対する防衛行為であり、その限りにおいて単純な法益侵害行為よりも違法が減少することから刑の減免が認められるところ¹⁴、量的過剰の事案においては、すでに急迫不正の侵害が終了している以上は、違法減少が認められない

として、侵害終了後の反撃行為については刑の減免を否定するものである¹⁵。さらに、同見解は、全体的評価により侵害終了後の行為についても過剰防衛の成立を認めることは、分析的评价によれば正当防衛が認められる行為について、侵害終了後の反撃行為という事後的な事情を理由に違法性を認めるものであると指摘する¹⁶。

また、過剰防衛の減免根拠とは異なる観点から全体的評価を否定する見解も存在する。同見解は、一罪性を判断するときには、違法の個数をも問題にしなければならないとした上で、全体的評価を認める見解が、急迫不正の侵害の有無・程度といった、行為の違法性を決定する事情を無視して、行為の意思・態様だけに着目して、行為の一体性・連続性を独立して問題にするのは疑問であるとして、分析的评价によれば正当防衛が成立する部分を、全体的評価により犯罪の内容とすることは妥当でないとする¹⁷。

（2）全体的評価を肯定する見解

ア 事実的行為を基準とする見解

これに対して、急迫不正の侵害に対する反撃行為と、侵害終了後の反撃行為を一体的に評価して、全体として過剰防衛の成立を認める見解も主張されている。このような見解としては、まず構成要件該当性や違法性阻却を判断する前提となる「1個の行為」を基準として量的過剰の成否を決する見解が存在する。同見解は、まず「刑事責任の問い方という実体法的な問題及び立証の実際という手続

11 このような見解として、橋田・前掲注（2）刑ジャ25頁、同・前掲注（2）産大法学233頁以下、山本・前掲注（2）17-8頁。

12 山口・前掲注（6）56頁。

13 仲道・前掲注（6）221頁。また、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号55頁、深町・前掲注（6）129頁参照。

14 橋田・前掲注（2）産大法学228-9頁。

15 橋田・前掲注（2）産大法学233-4頁、同・前掲注（2）刑ジャ25頁、山本・前掲注（2）17-8頁。

16 橋田・前掲注（2）産大法学234頁、同・前掲注（2）刑ジャ26頁。

17 林・前掲注（6）18頁。また、高橋（直）・前掲注（6）53頁以下参照。

法的な問題を考慮すれば、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には1つのエピソードとして存在する事態については、全体的評価をする手法が相当ということになる¹⁸。」として、事案の処理の方法としては、原則として全体的考察の方法によるべきことを前提とする。そして、「一般に、人の行った行為について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断するに当たっては、まず判断の対象となる『1個の行為』の内容を確定すべきであり、それが確定した後に、当該『1個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきものである¹⁹。」とした上で、量的過剰が問題となる事例については、「急迫不正の侵害に対する反撃が一連の行為であって刑法上『1個の行為』とみられるものであれば、そのような『1個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきことは、理の当然であるということになる²⁰。」として、自然的な意味の「1個の行為」の範囲を基準として、量的過剰の成否を決するものである。また、同見解は、このような見地からなされた「1個の行為」の範囲に関する判断、すなわち犯罪成立要件を検討すべき範囲に関する判断は、構成要件該当性や違法性阻却事由の判断においても貫徹され、その範囲を拡大したり縮小したりすることは許されない

として、このような判断に犯罪論体系上の拘束力を認めている²¹。全体的評価という考えでないし手法は判例の確立した立場であると指摘されているが²²、その中でもこのような理解は、量的過剰が問題になる事案の処理に関する、実務家の共通認識となっているように思われる²³。

次に、このような事実的行為に関する判断と法的評価に関する判断を組み合わせ、量的過剰の成否を決する立場も存在する。このような見解としては、まず事実的行為の判断に加えて、構成要件該当性及び違法性阻却事由を判断することで量的過剰の成否を決する立場が主張されている。同見解は、まず「犯罪とは社会関連的な事象であり、犯罪の成否が問題となる行為の意味づけや行為の特定も、まずは、前刑法的な社会的観点から行われる必要がある²⁴。」として、法的評価を離れた観点から1個の行為の範囲を確定する²⁵。その上で、量的過剰の問題については、当該一連の行為全体を対象として構成要件該当性判断を行い、さらに「全体として防衛行為としての法的実体を備えているか（＝客観的に急迫不正の侵害に対応するものであり、かつ、主観的に防衛的な心理状態に基づくものであること）²⁶」を判断する。そして、一連の行為全体が防衛行為としての実体を備えていない場合には、「社会的意味での行為の

18 永井・前掲注（4）134-5頁。

19 永井・前掲注（4）135頁。

20 永井・前掲注（4）135頁。

21 高橋=仲道・前掲注（6）85頁。

22 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）88頁、遠藤邦彦「量的過剰防衛」池田修=杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（2014年、青林書院）152頁、永井・前掲注（4）148頁、松田・前掲注（3）504頁、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号51頁。

23 近時の過剰防衛に関する重要な最高裁判例の調査官解説である松田・前掲注（3）502-3頁、松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成21年度〕』（2013年、法書会）9頁も、このような考え方に依拠している。

24 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号66-7頁。

25 もっとも、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号67頁は、このような判断をする際には、「当該事案と関係する構成要件を手掛かりにする必要がある。」として、「この意味で、当該判断は、純粹に前刑法的な問題ではなく、構成要件関連の問題である。」とする。

26 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号69頁。

把握段階に遡って、分析的考察に依拠した処理が行われることになる²⁷。」とする。このような見解は、前刑法的な「1個の行為」の判断を法的評価の判断の基盤として要求しており、さらに、このような判断を犯罪論体系において貫徹させている点²⁸で、事実的行為を基準とする見解として整理することができる。また、事実的行為の基準と、正当防衛や責任無能力などの法的評価の基準を組み合わせ、結論としては当該一連の行為が単純一罪か包括一罪かという基準で量的過剰の成否を決する見解も主張されている。同見解は、「まずは法的評価を離れて自然的に観察し、社会的に見て全体を1個の行為と評価しようという『自然の一体性』が前提となり、次に『法的評価』で犯罪の個数が定まる²⁹。」とする。そして、両者が認められる場合は単純一罪となり全体的評価がなされ、自然の一体性は認められないが法的評価の一体性が認められる場合は包括一罪となり分析的评价がなされとする³⁰。なお、以上の見解は、いずれも「1個の行為」の一部が正当化できる場合であっても、あくまで全体的評価を貫徹すべきであるとして、「1個の行為」の部分的な正当化を否定するものである³¹。

イ 防衛行為性を基準とする見解

これらの見解に対して、反撃行為の防衛行為性を基準として量的過剰の成否を決する見解も主張されている。このような見解は、過剰防衛の減免根拠の観点から主張される見解と、行為把握の観点から主張される見解に分けることができる。

まず、過剰防衛の減免根拠の観点から主張される見解としては、過剰防衛の減免根拠を責任減少に求めた上で、「当初の不正の侵害に対応する意思、すなわち防衛の意思に起動された行為としての性格が、事後的過剰部分においてもなお維持されて」いる場合には量的過剰が認められるとする見解³²が存在する。このような見解は、過剰防衛の減免根拠につき責任減少説を採用し、被侵害者の主観面を理由とする責任減少により、侵害終了後の反撃行為について刑の減免を認めるものであり、前述の過剰防衛の減免根拠につき違法性減少説を採用して、全体的評価を否定する見解と、ちょうど正反対の立場であるということができる。

これに対して、行為把握の観点から量的過剰の成否を決する見解としては、「複数行為が反撃行為と追撃行為から成る場合は、正当防衛という違法阻却の問題であるから、そこでは、違法阻却段階における行為意思・行為目的である防衛の意思（攻撃の意思）によって、防衛行為の分断・統合が判断されることになる。」とする見解³³や、構成要件該当事実を違法性の判断対象としても、違法性の判断のためには構成要件要素以外の事実を違法性の要素として考慮しなければならないことから、「構成要件該当事実として1個の行為であることを前提としても、防衛行為をそれとは独立に検討することは、論理的には妨げられない³⁴」とした上で、量的過剰が問題になる事例における行為把握の問題について、「防衛の意思の有無によって防衛行為の一体

27 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号69頁。

28 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号67-8頁。

29 長井・前掲注（6）234頁。

30 長井・前掲注（6）234-5頁。

31 永井・前掲注（4）146-7頁、松田・前掲注（23）9-10頁、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号64頁以下、長井・前掲注（6）240頁。

32 安田・前掲注（2）刑法雑誌179頁。また、同・前掲注（2）立石古稀255頁以下参照。

33 高橋（則）・前掲注（6）44頁。

34 仲道・前掲注（6）227-8頁。

性を判断することになる。」とする見解³⁵や、量的過剰について36条2項の適用が認められるのは、侵害終了後の追撃行為についてもなお全体として防衛行為としての性質が継続しているからであるとして、対抗行為の時間的・場所的連続性や、行為態様の一定の連続性から、客観的に防衛行為の連続性が認められることに加えて、防衛行為者の主観面について、一連の行為が単一的意思決定に基づくものと評価できる場合には、量的過剰が認められるとする見解³⁶や、急迫不正の侵害に直面した被侵害者は自己の行為をコントロールできない状態に置かれ得るとして、行為者が自己の行為のコントロールを取り戻すことが困難である状況でなされた一連の反撃行為については量的過剰を認めるとする見解³⁷が主張されている。これらの見解は、いずれも一連の反撃行為のうち、どの範囲の行為を「1個の防衛行為」として評価することができるかという、反撃行為に関する行為把握の問題を、刑法36条1項における防衛行為性の問題として検討するものである。また、行為把握の問題と過剰防衛の減免根拠の問題を合わせて考慮して、過剰防衛の減免根拠を違法・責任減少説に求めた上で、過剰防衛における防衛行為の個数は、「1つの違法・責任減少に基礎づけられる以上、これらの両面から説明されなければならない³⁸。」として、複数の防衛行為の時間的緊密性と、防衛の意思の継続性が認められる場合には、一連の反撃行為

を1個の防衛行為として認めることができるとする見解³⁹も存在する。

以上のような防衛行為性を基準とする見解は、量的過剰の問題を防衛行為性の問題として検討するものであるから、前刑法的な意味の「1個の行為」の範囲により、防衛行為の成否を検討すべき範囲が体系論的な拘束を受けることにはならず、「1個の行為」の範囲が、犯罪論体系の各段階で変動することも肯定する⁴⁰。また、これらの見解の多くは、原則としては全体的評価の方法に拠るべきであるとしても、一連の反撃行為の一部分が正当防衛の要件を満たす場合には、その部分の正当化を認めるべきであると主張する⁴¹。この点に関して、そもそも「一連の行為」論の機能的意義の中核は、「一連の行為」のどの段階で結果が惹起されたのかが不明である場合に、どの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずに済ませる点にあるとして、一連の反撃行為のうち正当化される部分が明確である場合には、一連の反撃行為につき全体的評価をすべきではないという主張もされている⁴²。

3 検討

(1) 量的過剰の判断基準

ア 分析的评价と全体的评价

まず、分析的评价を採用する見解は、主に過剰防衛の減免根拠に関する違法性減少説から主張されているが、前述のように、違法減

35 仲道・前掲注(6)234頁。

36 橋爪・前掲注(6)101頁。

37 日和田・前掲注(6)64頁。

38 小野・前掲注(6)113頁。

39 小野・前掲注(6)113頁。

40 仲道・前掲注(6)229-30頁、高橋=仲道・前掲注(6)87-8頁。もっとも、仲道・前掲注(6)240頁は、構成要件段階で1個のものと評価された行為が違法性段階で分割されることは認めるが、構成要件段階で複数のものと評価された行為が違法性段階で統合されることは否定する。

41 このような見解として、安田・前掲注(2)刑法雑誌180頁以下、仲道・前掲注(6)238-9頁、高橋=仲道・前掲注(6)88頁、橋爪・前掲注(6)103頁以下、山口・前掲注(6)57頁、深町・前掲注(6)119頁以下、照沼・前掲注(6)48頁。

42 深町・前掲注(6)119頁以下。

少説を採用したとしても、侵害終了後の反撃行為について過剰防衛として刑の減免を認めることは不可能ではない。また、行為の意思・態様だけを考慮して反撃行為の一体性を認めること、すなわち前刑法的な「1個の行為」性を基準として全体的評価を採用することを批判する見解に対しては、全体的評価を採用する見解の全てが、前刑法的な「1個の行為」性を基準とするものではないと反論することができる⁴³。さらに、このような見解からは、部分的に見れば正当防衛が成立する行為について、全体的評価により1個の過剰防衛を成立させることは、正当化されるはずの行為を事後的な事情により違法と評価するものであるという指摘もされているが、そもそも行為の違法性に関する法的判断は、行為が特定され、裁判所に提示された行為について行われるものであることから、行為が裁判所に提示されないうちは、事後的な事情により行為に対する法的評価が変動したと解するべきではない⁴⁴。これらの理由から、分析的評価を採用すべき理論的な必然性は存在しないといえることができる。

他方、量的過剰が問題となる事案の多くは、平成20年決定のように、継続的な相互闘争状況において、連続した反撃行為がなされる事案であり、事案の性質上どの行為から結果が生じたのか分からない場合が多い⁴⁵。このような事案を適正に処理するためには、被告人の行為を過不足なく捕捉することで、なるべく「疑わしきは被告人の利益に」の原則に頼らずに済む方法を採用すべきである⁴⁶。

分析的評価を原則とした場合には、一連の反撃行為を分割して正当防衛・過剰防衛の判断の対象とすることになるが、これを認めると、検察官、被告人の双方が、それぞれ自らに有利のように行為を分割することを許すことにもなりかねない。すなわち、この場合検察官としては、例えば急迫不正の侵害に対して相手方を連続的に複数回殴打したという事例において、通常であれば1個の暴行罪ないし傷害罪の成否を、正当防衛又は過剰防衛を考慮しつつ問題にすべきであるにもかかわらず、急迫不正の侵害に対する防衛行為として問題なく認められる当初の殴打行為を取外して起訴することにより、残りの殴打行為について完全な有罪判決を狙い⁴⁷、被告人としては、一連の反撃行為を細分化し、正当化される部分から重大な結果が発生したと主張することで、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により重大な結果についての刑事責任を免れることを狙うことが予想される⁴⁸。このような主張を無制限に許すことは、被告人の行為を過不足なく捕捉し、事案を適正に処理することの妨げになると思われる。そこで、量的過剰が問題になる事案の処理方法としては、採用することが理論的に不可能というわけではなく、かつ事案の適正な処理にとってより使いやすい、全体的評価の方法に依拠するのを原則とすべきである。

イ 事實的行為の基準と防衛行為性の基準

次に、全体的評価を原則として採用すべきとする見解のうち、事實的行為を基準とする見解、すなわち自然的な意味の「1個の行為」

43 本稿で検討したように、むしろ学説上は前刑法的な「1個の行為」ではなく、法的評価としての防衛行為性を基準に全体的評価を認める見解が多数である。

44 長井・前掲注（6）236頁、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号65頁。

45 永井・前掲注（4）134頁、遠藤・前掲注（22）159頁。

46 遠藤・前掲注（22）159頁、成瀬・前掲注（6）法学75巻6号64頁。

47 もっとも、検察官が極めて広範な起訴裁量権を有していることからすると、このような起訴が直ちに不当とされることにはならない。しかし、このような起訴は妥当ではないということを示す実体法の見解を示すことにも一定の意義があるように思われる。

48 遠藤・前掲注（22）159頁。

を基準として量的過剰の成否を決する見解に対しては、量的過剰も過剰防衛の一種であり、違法性阻却事由の問題である以上、犯罪論体系のうち前構成要件段階の判断ではなく、違法性段階の判断によりその成否を決すべきであると批判することができる⁴⁹。本来違法性段階で判断すべき量的過剰の成否を前構成要件段階の判断により決することは、各段階ごとに異なる原理に基づいて犯罪とはならない行為を除外していくという、犯罪論体系が有しているスクリーニング機能を失わせてしまうことになる⁵⁰。

そもそも、このような基準を主張する実務家が、実際に法的評価とは完全に切り離された、自然的な意味の「1個の行為」の基準で量的過剰の成否を決しているかはかなり疑わしいように思われる。すなわち、量的過剰の問題は、正当防衛の立法趣旨、法的性質に照らして、行為者の侵害終了後の反撃行為を過剰防衛として認めるのが相当かという規範的判断であり、事実認定の実際においては、このような規範的判断という枠組みを意識した上で証拠の評価と具体的な事実の認定がなされるとされるが⁵²、このような判断の実質に照らすと、量的過剰の判断における「1個の行為」性の判断を、過剰防衛の成否に関する法的評価と完全に切り離されたものとして理解することは困難である⁵³。実際に、平成20年決定は、行為の一体性を判断する上で、侵害の継続性や防衛の意思という、違法性阻却段階で問題となる防衛行為性に関する判断を行っている⁵⁴。そうであるならば、量的過剰の判断に際して実務家が行っているとされ

る、自然的な意味の「1個の行為」性の判断とは、実際には構成要件該当性、違法性阻却事由の有無を考慮して、これらの有無に関する判断の結論を先取りしたものに過ぎないよう思われる⁵⁵。裁判官が事件を処理する際には、裁判の経験に培われた裁判官的法感覚とも呼ぶべき法的直感により判断が決められることが多いとされるが⁵⁶、量的過剰が問題となる事案におけるこのような判断も、無意識に構成要件該当性や違法性阻却事由、さらに正当防衛の立法趣旨や法的性質に加えて、当該事案における個別の事情に関する判断を含んだ、経験に裏打ちされた直感による判断として理解することもできるように思われる。

そうであるならば、量的過剰の事案の処理に必要なのは、過剰防衛の問題と直接に結びつく防衛行為性の基準による判断のみであり、自然的な意味の「1個の行為」性の判断は、法的評価の問題としての量的過剰の成否には影響しないと解される。前述の事実的行為の判断と法的評価の判断を合わせて用いる見解においては、後者の基準による判断だけを行えば十分であると思われる。すなわち、量的過剰の事案における行為把握の問題は、急迫不正の侵害に対する防衛行為として1個のものといえるかという、正当防衛の要件と関連する問題であり、犯罪論体系上は違法性段階でのみ問題となると解するべきである。

このような見解を採用した場合には、量的過剰の判断は、犯罪論体系の違法性の段階でのみ問題となるので、「1個の行為」の範囲により、防衛行為の成否を検討すべき範囲が

49 橋爪隆「正当防衛（3）—防衛行為の一体性の判断」警察学論集69巻6号（2016年）154頁、小野・前掲注（6）105頁、照沼・前掲注（6）58頁。

50 高橋=仲道・前掲注（6）87頁。

52 松尾・前掲注（9）137頁。

53 仲道・前掲注（6）226頁、高橋=仲道・前掲注（6）87頁、滝谷・前掲注（6）192頁。

54 橋爪隆「過剰防衛の成否について」法学教室406号（2014年）109頁。

55 高橋=仲道・前掲注（6）87頁。

56 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（2009年、有斐閣）60-1頁参照。

体系論的な拘束を受けることにはならず、犯罪論体系の各段階で行為の統合と分断がなされうることになる⁵⁷。この点に関しては、犯罪論体系のそれぞれの段階の機能が異なる以上⁵⁸、1個の行為の範囲が段階ごとに変化するのも当然であると解される⁵⁹。

ウ 部分的な正当化の可否

前述のように、防衛行為性の基準により量的過剰の成否を決する見解の多数は、全体的評価の方法を原則としつつも、反撃行為の部分的な正当化を認めるべきであるとする。しかし、防衛行為として一体的評価をすべき事案である以上は、その一部分のみの正当化を認めるべきではないように思われる。この場合に、継続的な一連の反撃行為につき1個の防衛行為としての評価が可能なのは、急迫不正の侵害や防衛の意思などの防衛行為性に関する事情に照らして、1個の防衛行為として扱うべき実体を備えているからである⁶⁰。そうであるならば、部分的に見れば正当化できる部分を含んでいる場合であっても、1個の防衛行為としての実体を備えているならば、1個の防衛行為として扱うべきである。そもそも量的過剰が問題になる事例は、必然的に正当化される部分を含んでいるということができ⁶¹、このような扱いを認めてしまうと、前述の分析的評価を採用する見解と同様に、被告人が反撃行為を細分化し、重大な結果が正当化される部分から発生したと主張し、疑わしきは被告人の利益にの原則により常にその責任を免れることを許すことにもなりかね

ない。そこで、このような見解を採用した場合であっても、反撃行為が1個の防衛行為と評価された以上は、それ以上の行為の細分化は認めるべきではなく、分析的評価を認めた場合との不均衡は、量刑によって調整すべきである⁶²。

（2）正当防衛状況との関係

以上のような見解を前提とした場合には、量的過剰の問題について正当防衛状況の観点から検討する余地も存在することになると解される。すなわち、このような見解によれば、量的過剰の問題は、あくまで違法性阻却段階で問題となる、防衛行為性に関する判断により決せられるものであることになり、量的過剰の問題は、結局正当防衛の要件の問題として検討すべき問題であるということができる。そして、この正当防衛の要件の中では、正当防衛状況は防衛行為性を基礎付ける規範的・総合的な要件であり、実務上は最も重要な要件であるとされている⁶³。そこで、量的過剰の問題も、侵害終了後の反撃行為について問題になっているとはいえ、反撃行為の防衛行為性の問題である以上は、正当防衛状況の問題と密接に結びついていると思われる。

また、実際に平成20年決定や多くの学説は、量的過剰の成否について防衛の意思の継続を基準としているが、冒頭に述べたように、防衛の意思は正当防衛状況の存在により基礎付けられる。ここで問題となっている防衛の意思は、刑法36条1項の要件としての防

57 高橋＝仲道・前掲注（6）87-8頁、高橋（則）・前掲注（6）44頁、仲道・前掲注（6）236頁以下、滝谷・前掲注（6）204頁以下。

58 犯罪論体系の各段階の機能について、高橋＝仲道・前掲注（6）90-1頁、松原芳博『刑法総論』（2013年、日本評論社）42頁。

59 高橋＝仲道・前掲注（6）87頁。

60 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号65頁参照。

61 原口・前掲注（2）291頁、長井・前掲注（6）240頁。

62 松田・前掲注（23）14頁、小野・前掲注（6）114頁。

63 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）160頁、香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和52年度〕』（1980年、法曹会）250頁、波床昌則「正当防衛における急迫不正の侵害」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（2001年、青林書院）90頁。

衛の意思とは異なるという指摘もされているが⁶⁴、そうであるとしても、ここでは被侵害者が急迫不正の侵害に直面した際の、何らかの内心状況が問題になっていることには変わりない。そうであるならば、やはりこのような意味における「防衛の意思」も、量的過剰とされる反撃行為に出た際の客観的状況により基礎付けられるものと解することができ、このような被侵害者の内心状況を明らかにする上では、その際の被侵害者の周囲の客観的状況、すなわち正当防衛状況の観点からの検討を加える必要があるということができる。

第3 量的過剰に関する判例の立場

1 問題の所在

では、以上のような学説上の議論に対して、判例実務は量的過剰の問題についてどのような立場を採用しているのか。前述のように、平成20年決定が被告人の反撃行為を分断して評価したのは、防衛の意思の継続性が欠けるためであると一般的に理解されているが、ここでいう防衛の意思の内容は、刑法36条1項の要件としての防衛の意思とは異なるものであるとの指摘もされている。また、しばしば「勢い余って」侵害終了後に反撃行為に出てしまった場合が量的過剰であると説明されることがあるが⁶⁵、このような説明は具体的にはどのような状況下で反撃行為に出た場合を示しているのかを必ずしも明確に示しているとはいえない。

そこで、次に量的過剰の成否が問題となった判例・裁判例を検討し、実際にはどのような

な事情が認められる場合に量的過剰が認められるのかを明らかにする。このような検討に際しては、量的過剰の問題と密接な関係にある、侵害の継続性が問題になった判例を、併せて検討の対象とする。

2 判例・裁判例

（1）侵害の継続性を肯定した事例

①最判9・6・16⁶⁶（刑集51巻5号435頁）

ア 事案の概要

被告人は、同じアパートに居住するAと従来から折り合いが悪かったところ、アパート2階の共同便所で用を足していた際、突然背後からAに鉄パイプで頭部を1回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶったAに対し、被告人が鉄パイプを取り上げようとしてつかみ掛かり、両者はもみ合いになったままアパート2階の通路に移動した。被告人はAから鉄パイプを取り上げ、Aの頭部を殴打したが、再度もみ合いになって鉄パイプを取り返され、Aがさらに被告人を殴打しようとしたため、被告人は1階に通じる階段の方に逃げ出したが、背後を振り返ると、Aが勢い余って転落防止の手すりの外側に身を乗り出した体勢になっていた。しかし、Aがなおも鉄パイプを握っているのを見て、被告人はAに近づいて左足を持ち上げ、Aを道路上に落下させ、傷害を負わせた。

イ 裁判所の判断

第1審⁶⁷は、Aが手すりから転落しそうになった時点では、Aによる急迫不正の侵害は終了していたとして、被告人がAを転落させた行為には正当防衛も過剰防衛も成立しな

64 橋爪・前掲注（6）100頁、照沼・前掲注（6）61頁、滝谷・前掲注（6）193頁。

65 松田・前掲注（3）513頁、川端・前掲注（3）168頁、滝谷・前掲注（6）194頁。

66 本判決に対する評釈として、飯田喜信「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成9年度〕』（2000年、法曹会）91頁、橋爪隆「判批」ジュリスト1154号（1999年）133頁、松宮孝明「判批」法学教室208号（1998年）110頁、橋田久「判批」産大法学32巻4号（1999年）118頁、日高義博「判批」現代刑事法1号（1999年）69頁、岡本昌子「判批」同志社法学51巻6号（2000年）263頁、山本光英「判批」山口経済学雑誌47巻5号（1999年）199頁、小田直樹「判批」『平成9年度重要判例解説』（1998年、有斐閣）150頁など。

67 大阪地判平8・9・10（刑集51巻5号447頁）。

いとした。控訴審⁶⁸も、第1審の事実認定及び量刑を維持して、控訴を棄却した。これに対して、本判決は、Aが手すりから転落しそうな体勢になった後も鉄パイプを握り続けたことから、その加害の意欲は強固であること、被告人がAを転落させなければ、間もなく体勢を立て直した上で再度の攻撃に及ぶことが可能であったことを理由に、Aによる被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人がAを転落させた時点においても継続していたと判示した。その上で、被告人がAを道路上に転落させた行為は、防衛行為の相当性を欠くとして、被告人の行為には過剰防衛が成立するとした。

ウ 検討

本判決は、事態の推移に照らしながら、相手方の加害意欲が存続していたこと、体勢立て直しによる再度の攻撃が可能であったことから、侵害はせいぜい中断しただけであり終了していないとして、被告人がAを道路上に落下させた時点においても侵害の継続性を肯定したものである⁶⁹。本件においては、Aが手すりから転落しそうな時点で、現実的な意味における侵害行為は終了してい

る。しかし、侵害の急迫性が認められるためには、必ずしも侵害が現実化している必要はなく、法益侵害の高度の蓋然性があれば、侵害の急迫性は認められる⁷⁰。そして、このような蓋然性の判断には、少なからず予測・推測・仮定といった要素が必要となる⁷¹。そこで、本判決のように、再度の侵害の可能性という予測的・評価的な事情から侵害の継続性が肯定される場合も、当然に認められることになる。

このように、一度は侵害が終了したように見える事例においては、基本的に侵害の継続性の有無が問題にされる⁷²。そして、再度の侵害の可能性を理由に侵害の継続性が認められた事例は非常に多い⁷³。すなわち、判例における侵害の継続性は、通常の急迫不正の侵害の有無よりも緩やかな基準で認められることから⁷⁴、このような事例の大半では、侵害の継続性が肯定され、正当防衛または過剰防衛が認められることになる。そこで、このような事例は、侵害の継続性、すなわち急迫不正の侵害の認定が問題になった事例として処理されることになるのであり、事案の処理のために量的過剰の問題を持ち出す必要はない

68 大阪高判平8・12・25（刑集51巻5号449頁）。

69 飯田・前掲注（66）96頁。

70 栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）』（第2版）（2013年、立花書房）73頁。

71 拙稿「誤想を理由とする正当化と正当防衛状況の認定（2・完）」早稲田大学大学院法研論集154号（2015年）90頁。

72 松尾・前掲注（9）134頁、佐藤・前掲注（1）175頁。

73 このような事例として、広島高判昭31・6・18（高刑特3巻12号625頁）、福岡高判昭34・5・22（判事193号33頁）、大阪高判昭53・6・14（判タ369号431頁）、東京高判昭55・11・12（判時1023号134頁）、大阪高判昭58・10・21（判時1113号142頁）、東京地判平9・2・19（判時1610号151頁）、大阪地判平8・11・12（判時1590号159頁）、大阪高判平16・7・23（高刑速〔平16〕154頁）、東京高判平27・7・15（LEX/DB25540966）、大分地判平3・1・21（公刊物未掲載）、名古屋地判平7・7・11（判時1539号143頁）、大阪高判平9・8・29（判時1627号155頁）、東京地判平9・9・5（判タ982号298頁）、東京高判平12・11・16（東高刑時報51巻1～12号110頁）、東京高判平14・2・18（東高刑時報53巻1～12号17頁）、京都地判平15・12・5（裁判所ウェブサイト）、名古屋高判平22・7・21（高刑速〔平22〕119頁）、東京地裁立川支判平24・6・18（LEX/DB25482304）、東京高判平25・3・27（判タ1415号180頁）、長崎簡裁平26・3・28（LEX/DB25541581）など。

74 曾根・前掲注（2）7頁、佐藤・前掲注（1）175-6頁、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察―最二小判平成九年六月十六日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（2006年、判例タイムズ社）72頁、橋爪・前掲注（66）134頁、佐伯・前掲注（9）163頁、山口・前掲注（6）54頁。

ということになる⁷⁵。

（２）侵害の継続性を否定し量的過剰も否定した事例

②最決平20・6・25（刑集62巻6号1859頁）

ア 事案の概要

被告人が、Aに呼びかけられ、それに応じてAと共に本件犯行現場に移動すると、Aがいきなり殴りかかってきて、両者の間で殴り合いが生じた。被告人とAがもみ合っている現場に、Aの仲間2人が近づくなどしたため、被告人はAの仲間らに「俺はやくざだ。」などと言って威嚇するなどして、Aの顔面を1回殴打したところ、Aはその場にあったアルミ製灰皿を持ち上げ、被告人に対して投げつけた。被告人は、投げつけられた灰皿を避けながら、Aの顔を右手で殴打した（第1暴行）。Aは、頭部から崩れ落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま動かなくなった。さらに、被告人は憤激のあまり、仰向けに倒れているAに対し、その状況を十分に認識しながら、「俺を甘く見ているな、俺に勝てるつもりでいるのか。」などといい、その腹部を足蹴にしたり、足で踏みつけるなどの暴行を加えた（第2暴行）。その6時間後、Aは第1暴行に起因するクモ膜下出血により死亡した。

イ 裁判所の判断

第1審⁷⁶は、「被告人の上記各行為は、さほどの時間的間隔をおかない同一機会に、同一場所において、同一の被害者に対し、灰皿を投げ付けられたことなどに起因する同根の暴行の故意に基づき、数分間という短時間で連続的に行われたのであって、急迫不正の侵害に対する反撃行為に比して、その侵害が

去った後の暴行行為が質的・量的に著しく変化したり、死の結果発生への寄与度が高いなどの事情が認められない限り、上記各行為を分断せずに一体のものとして評価することが自然である。」として、本件では第1暴行と第2暴行が質的・量的に著しい変化があるわけではなく、第1暴行の方が死の結果への寄与度が大きいことから、両者を一体的に評価すべきであるとして、被告人の一連の反撃行為につき過剰防衛を認めた。これに対して、控訴審⁷⁷は、「第1の暴行と第2の暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、第2の暴行の際には、外観上、侵害が終了していることが明らかであり、被告人もそれを認識した上、攻撃の意思のみに基づいて第2の暴行に及んでいる。」とした上で、両暴行は、「被害者からの侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点において、明らかに性質を異にし、その間に断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、量的に過剰になったものとは認められない。」として、第1審判決を破棄し、Aの死亡の原因となった第1暴行については正当防衛を認め、第2暴行については傷害罪が成立するとした。

そして、本決定は、原審の判断を是認し、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、Aによる侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で明らかに性質を異にし、被告人が前記発言⁷⁸をした上で抵抗不能の状態にあるAに対して相当激しい態様の暴行におよんでいることにもかんがみると、その間には断絶があると言うべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。」として、被告人の

75 佐藤・前掲注（1）175頁参照。

76 静岡地裁沼津支判平19・8・7（刑集62巻6号1866頁）。

77 東京高判平19・12・25（刑集62巻6号1879頁）

78 「俺を甘く見ているな、俺に勝てるつもりでいるのか。」という発言を指す。

一連の反撃行為について、量的過剰を否定した。

ウ 検討

冒頭で述べたように、本決定は、防衛の意思の断絶を理由に被告人の一連の反撃行為を分断的に評価したものと一般的に理解されている。本決定においては、量的過剰を否定する根拠として、侵害の継続性及び防衛の意思の断絶が指摘されているが、侵害の継続性が認められる場合にはそもそも量的過剰は問題になりえないのであるから、本決定が量的過剰を成否を決する上で考慮しているのは、防衛の意思の有無であるということが出来る。また、被告人による両暴行の間には、時間的・場所的近接性は認められるが、このような事情を理由に量的過剰を認めた第1審判決は控訴審で破棄され、本決定はこのような控訴審の判断を是認していることから、本決定の立場によれば、時間的・場所的近接性は、量的過剰を認める上で決定的な事情ではないということになる⁷⁹。そもそも、両暴行の間には時間的・場所的近接性が存在しない場合には、両暴行を一体的に評価することの可否は問題になり得ないのであるから、このような事情は、量的過剰を認める前提条件に過ぎないと解するべきである。本決定が量的過剰を否定する上では、客観的事情として、特に被告人の発言内容と攻撃の態様が変化したことが指摘されているが、これらの事情も、防衛の意思を推認する間接事実として理解することも可能であり⁸⁰、本決定が量的過剰を否定する決定的な根拠となったのは、それが刑法36条1項の「防衛の意思」と同一のものかとはともかく、やはり被告人の内心状況の変化と解するべきである。

同様の判断をした裁判例も、侵害の継続性が認められないことを前提として、被告人の内心状況の変化を理由に量的過剰を否定している。例えば、津地判平5・4・28（判タ819号201頁）は、被告人の実兄Aが被告人にパン切り包丁で切りかかって両者がもみ合いとなり、被告人がAの落としたパン切り包丁や周囲に散乱していたボールペンでAの頭部及び顔面を数十回にわたり突き刺し、Aが動かなくなるとしばらく様子を見て、さらにAの首を絞めて殺害したという事例であるが、同事案においては、被告人が首を絞めた時点においては被告人の興奮が治まっていたこと及び殺害方法の変更を理由に、量的過剰が否定されている⁸¹。これらの事案においても、攻撃態様の変更という客観的事情は、それ自体に意味があるのではなく、被告人の主観的事情を推認する間接事実として意味を持つにすぎないように思われる。そこで、これらの事例も、本決定と同様に、被告人の主観的事情を基準として量的過剰の成否を決していると解することができる。

（3）侵害の継続性を否定して量的過剰を認めた事例

③最判昭34・2・5⁸²（刑集13巻1号1頁）

ア 事実の概要

日頃から酒癖の悪いAが、酩酊して被告人と喧嘩になり、自宅から屋根鉋を持ち出して怒鳴りながら被告人方の土間に入り込んだ。その後Aは姿を消したので、Aの動静をひそかに見守っていた被告人は、もはやAは自宅に帰ったものと思い、同居の母親に「大したことねえからもう大丈夫だ」などと

79 成瀬・前掲注（6）法学75巻6号52頁、佐藤・前掲注（1）194頁。

80 秋山・前掲注（10）99頁参照。

81 同様に、急迫不正の侵害の終了を前提として被告人の攻撃態様の変更から被告人の内心状態の変化を指摘して、量的過剰を否定した事例として、大阪地判昭43・11・22（判タ233号194頁）、松山地判平21・7・24（LEX/DB25441299）。

82 本判決に対する評釈として、寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和34年度〕』（1960年、法曹会）1頁など。

告げたところ、それを聞きつけたAが被告人方の土間に侵入し、怒鳴りながら被告人の左手をつかんで土間の入り口付近に引きずり出し、屋根鉋を被告人の首に突きつけ、「この野郎殺してしまうぞ」と申し向けて威嚇した。これに対して、被告人はこのままでは殺されてしまうと考え、とっさに手に取った鉋でAの左頭部付近を殴打し、ついでよろめきながら屋根鉋を落としたAの胸部を追い討ちに殴りつけ、さらに横倒しになったAを複数回鉋で殴打し、死亡させた。

イ 裁判所の判断

第1審⁸³は、被告人の行為の前段には刑法36条1項の正当防衛が成立し、Aが横転した後の行為は盗犯等防止法1条2項にあたる行為として正当化されるとして、被告人を無罪とした。しかし、控訴審⁸⁴は、そもそも、同一の機会における同一人の所為を可分し、趣旨を異にする2つの法律を別々に適用することは、立法の目的に照らして許されないとした上で、被告人の反撃行為は、「最初の一撃によってAが横転し、そのため同人の被告人に対する侵害的勢が崩れ去ったわけであるのに、被告人は異常の出来事により、甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽したあまりとはいへ、引き続き3、4回に亘り追撃の行為に出た」ものであり、このような被告人の一連の行為は、全体として刑法36条2項の過剰防衛にあたるとして、第1審判決を破棄した。これに対して、被告人から上告がなされたが、本決定は、このような控訴審の判断を是認して、上告を棄却した。

ウ 検討

本判決については、Aによる被告人に対する急迫不正の侵害が終了したことを前提として、被告人の反撃行為を一体的に評価したと

解する見解が一般的である⁸⁵。しかし、本件の事実関係に照らして、本当に侵害が終了していたといえるかは疑わしいように思われる⁸⁶。すなわち、事例①のように、侵害の継続性を認めた事例においては、一見すると侵害行為が終了したように見える場合であっても、再度の攻撃の可能性が認められる場合には侵害の継続性が認められているところ、本件におけるAの加害意欲はかなり強いものであり、また凶器の屋根鉋を取り落としたとはいへ、Aの手が届く範囲に存在した。さらに、被告人の一連の反撃行為はわずか数十秒の間で行われたものであり、被告人の1回目の攻撃が致命傷になっていたとしても、その瞬間から直ちに侵害状況が終了したと解することは困難であるように思われる。そうであるならば、本判決の「侵害勢が崩れ去った」というのは、一時的に侵害が中断された場合と同じ意味に理解して、本判決を、侵害の継続性を認めることで被告人の反撃行為を過剰防衛とした事例と解することも可能であるように思われる。

このように、一見すると急迫不正の侵害の終了を前提に量的過剰を認めたように見えるが、そもそも急迫不正の侵害が終了していたのか疑わしい事案としては、本件の他に、京都地判昭57・2・17（判タ468号173頁）が存在する。同事案は、日頃から粗暴癖がある娘婿Aからアイロンで殴打されるなどの暴行を受けた被告人が、身を守るためにアイロンのコードで首を絞めたところ、Aが仰向けに倒れて唸り声を上げる状態になり、さらに被告人がAの首を絞めて殺害したという事案であるが、裁判所は、被告人の一連の行為の時間的間隔がわずかであること及び行為態様も共通していることを指摘して、被告人の行

83 水戸地裁土浦支判昭32・7・1（刑集13巻1号13頁）。

84 東京高判昭33・2・24（刑集13巻1号17頁）。

85 永井・前掲注（4）141頁、松尾・前掲注（9）132-3頁、原口・前掲注（6）277頁。

86 このような見解として、川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇〔平成6年度〕』（1996年、法曹会）226頁、佐藤・前掲注（1）180頁、川端・前掲注（2）284頁。

為には全体として1個の過剰防衛が成立するとした。同事案に対しては、侵害者による侵害の危険が去ったと認められる段階の防衛行為性が問題にされていると評価する見解も存在する⁸⁷。しかし、同事案において、裁判所は侵害の継続性の有無について明確に判示しておらず、また、Aの粗暴癖や、Aが仰向けに倒れた時点では未だ意識があったことから、再度の侵害の可能性が完全に排除されたとはいえない難い事案であったといえる。そこで、同事案も、侵害の継続性を認めた上で、被告人の反撃行為を過剰防衛とした事例であると解される。

④富山地判平11・11・25（判タ1050号278頁）

ア 事実の概要

被告人らの父であり、日頃から異常な言動を繰り返していたAと被告人らが、取っ組み合いの喧嘩になり、被告人らがAを壁に押し付けると、Aは壁際にあった一升瓶をつかんで壁に叩きつけて割り、被告人1の顔に突きかかってきた。両者が倒れこむと、Aは被告人1の膝付近を一升瓶の破片で突き刺した。これに対して、被告人1は、被告人2に「台所に包丁があるから刺せ」と言うと、被告人2は台所から包丁を持ち出して、Aの胸部や脇腹を十数回突き刺した。被告人2は、Aの力が弱くなってきたことを感じると、被告人1に「お前も刺すか?」と言って包丁を渡し、包丁を受け取った被告人1は、Aの左側頸部を突き刺し、Aを死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まず被告人1の刺突段階においては、Aによる被告人らの身体に対する危険性はほぼ消滅していたと認められ、被告人1の刺突行為を独立して取り上げるならば、防衛行為と評価することはできないものと言わざるを得ないとした。その上で、両行為の時

間的・場所的近接性、反撃行為の態様の同一性、被告人1による刺突行為の回数が1回のみであること、A死亡の結果を惹起した刺突行為の特定が困難であることを指摘して、「被告人1の行為は、それ以前の被告人1と意思を相通じてなされた被告人2の防衛意思に引き続き、同じ興奮状態の下で余勢に駆られた一連の行為と見るべき」であるとして、被告人らによる一連の行為全体につき、過剰防衛の成立を認めた。

ウ 検討

本件は、複数の行為者による反撃行為が問題となっている点で、これまでの事案とは異なっている。しかし、本判決が被告人1の行為につき量的過剰を認める上では、被告人らが反撃行為に出た時点の意思内容の継続と、それに伴う興奮状態の継続という被告人らの内心状態を根拠にしていると解することができる。本件においては、平成20年決定の事案とは異なり、被告人が侵害行為の終了を明確に認識して追撃行為に及んだと解すべき事情は存在しない。すなわち、被告人1は、Aとの闘争状態を発端とする興奮状態の継続により、被告人2から渡された包丁で追撃に及んだのであり、Aと共に倒れこんで、一升瓶の破片で膝付近を突き刺されるという攻撃を受けた以降の内心状況は、包丁を渡される前後で大きく変化していないと解される。本判決も、反撃行為の態様の同一性や、結果発生に対する寄与度などの客観的事情を指摘しているが、これらの客観的事情から上記のような被告人らの主観的事情を導き出し、それを理由として量的過剰を認めるという構造をとっている⁸⁸。そこで、これらの客観的事情は、量的過剰を認める直接の根拠として指摘されたのではなく、被告人の内心状況を推認する間接事実として指摘されたものであり、本判

87 松尾・前掲注（9）133頁参照。

88 本判決は、犯行態様等に関する客観的事情を指摘した後、「これらを併せ考えると」として、被告人の内心状況に関する判断を示すという構造で量的過剰の成否を決している。

決も、平成20年決定と同様に、防衛行為者の内心状況を量的過剰の成否を決する基準としている事例であると解することができる。

もっとも、ここで量的過剰の成否を決する基準となる被告人の内心状況は、刑法36条1項の「防衛の意思」とは異なるものであると解される。すなわち、刑法36条1項の防衛の意思は、被害者が「専ら攻撃の意思で」反撃行為に及んだ場合には否定されると解されているところ⁸⁹、上記の事例④における被告人1は、興奮状態の継続により、手渡された包丁でAの頸部を突き刺している。たしかに、事例④においては、被告人1が侵害行為の終了を明確に認識して追撃行為に及んだと解すべき事情は存在しない。しかし、このような被告人1の行為は、既に被告人2の反撃行為により傷を負っていたAに対して、いきなり致命傷となり得る強力な追撃に及ぶというものであり、「専ら攻撃の意思で」反撃行為に及んだものと評価することもできそうである。そうであるならば、本件における量的過剰の成否を決する基準となったのは、刑法36条1項の「防衛の意思」そのものではない、何らかの被告人の主観的事情と解すべきである。

本判決と同様に、被侵害者の主観的事情を理由に量的過剰を認めた近時の裁判例として、横浜地判平25・10・30（LEX/DB25502567）が存在する。同事案は、被害者らが2人がかりで1人の男性に対して暴行を加えていたところ、被害者らを止めようとした被告人と被害者らの間で争いが生じ、被告人は、当初は被害者らの暴行に耐えていたが、一方的に暴行を加えられたことに怒りを覚えると同時に、このままでは自分に危害が加えられると思っ

て両名に反撃することを決意し、被害者1の顔面を手拳で殴打して転倒させ、腹部を蹴り付ける暴行を加え、後ずさりして謝りながら逃げ回る被害者2を追いかけ、顔面を殴打して転倒させた上で腹部を数回蹴りつけて傷害を負わせ、さらに横たわったままの被害者1の腹部を蹴り付けるなどして死亡させたという事案である。裁判所は、まず被告人が後ずさりする被害者2に向かっていった時点では、被害者らは被告人に対して積極的に手を出すことはなかったのであるから、被告人の身体及び生命に対する緊急状態は終了しているとした。しかし、被告人による反撃行為は、同一場所において、比較的短時間のうちに行われていること、被告人は、当初防衛の意思で反撃行為に出たが、怒りが収まらないのでさらなる暴行に出たこと、一連の暴行の態様も同じであることを指摘して、被告人の一連の反撃行為につき量的過剰を認めた。同判決が量的過剰を認める上では、被告人は怒りが収まらないので第2暴行に及んだということを描しているが、被告人は反撃行為に出た当初から防衛の意思と怒りの感情が入り混じった状態にあったので、被告人の内心状況は反撃行為に出ている間は大きく変化していないと解することができる。また、同判決が指摘している、反撃行為の時間的・場所的接近性や、反撃行為の態様の同一性も、被告人の内心状況を推認する間接事実として理解することができる。そこで、同判決も、事例④と同様に、被告人の主観的事情の継続を理由として、量的過剰を認めたものと思われる。

⑤東京地判平12・8・29⁹⁰（判時1811号154頁）

ア 事実の概要

被告人は、以前Aと取っ組み合いの喧嘩

89 最判昭60・9・12（刑集39巻6号275頁）。

90 本決定に対する評釈として、岡本昌子「判批」現代刑事法57号（2004年）72頁。なお、本判決は量刑不当を理由に控訴されているが、控訴審の東京高判平13・2・27（判時1811号158頁）は、量的過剰については検討せず控訴を棄却していることから、本判決の量的過剰に関する判断は控訴審でも維持されていると解される。

になり地面に組み伏したことがあったところ、犯行当日の深夜、AとBがいきなり被告人方を訪れ、中に上がり込むと、Aらは被告人の肩をつかんで被告人を奥の部屋に押し込み、床に倒そうとした。さらに、Aが「連れ出せ、ここじゃまずいから」とか、「包丁を持って来い」と口走り、台所のほうに向かった。これに対して、被告人は、1人になったBと互につかみ合った状態のまま、部屋に置いてあった登山ナイフを取り、Bの腹部に数回突き刺した。そして、Bが倒れるやいなや、台所方面から戻ってきたAの腹部に数回突き刺し、さらに前のめりに倒れんとするAの胸部を突き刺した。その上で、Aらがもはや起き上がってくる気配がないことを確認したが、後日の仕返しを恐れて、止めをさすべくAらの背部、腹部、胸部等を複数回突き刺し、Aらを死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、Aらが倒れる以前の刺突行為は、急迫不正の侵害に対する防衛行為として認められるが、Aらが倒れた後においては、急迫不正の侵害は終息したばかりか、被告人は防衛の意思をなくし、積極的加害意思で攻撃したということができるとして、正当防衛を認める前提要件は既に消滅したと判示した。しかし、被告人の刺突行為全体は、同一の場所において、同一の2名の被害者に対し、同一の確定的殺意に基づき、短時間に連続的に行われたものであるから、被告人の刺突行為全体は、特段の事情のない限り、行為全体を1個の殺人行為と見るのが自然であるとした。そして、両方の刺突行為の回数、時間的長さ、態様は質的・量的に明らかに差のあるものではないこと、両刺突行為の結果に対する寄与の程度は明らかに後者が勝っているとはいえないことから、本件では特段の事情はなく、全体として1個の過剰防衛行為にあたと評価せざるをえないとした。

ウ 検討

本判決は、Aらによる急迫不正の侵害が終了したことと、被告人の防衛の意思が失われたことをはっきりと示している。本件においては、被告人は反撃行為の結果Aらが動かなくなったことをはっきり認識した上で、仕返しを恐れて止めを刺していることから、その内心状況はAらが倒れて動かなくなる前後で大きく変化しているといえる。すなわち、被告人は、反撃行為を開始した時点では、Aらによる被告人の生命・身体に対する強度の侵害から身を守る意思で行動している。しかし、Aらが倒れて動かなくなった後においては、現に迫っている侵害を防ぐためではなく、Aらによる事後の仕返しを防いで身の安全を図るためにAらに止めを刺しており、その際の内容意は、反撃行為を開始した時点の意とは全く異なるものに变化しているといえる。それにもかかわらず、本判決は、一連の刺突行為の時間的・場所的接近性、行為態様の共通性、結果に対する寄与度という客観的状況を理由として、量的過剰を認めたものである。このような判断は、平成20年決定の第1審の判断とほとんど同じものである。すなわち、いずれの判決も、行為者の内心状況ではなく、被告人の反撃行為の客観面を直接の根拠として量的過剰を認めたものであるが、このような状況を元に量的過剰を認める判断は、平成20年決定により否定されているといえる。そこで、本判決の事案も、平成20年決定の立場によれば、量的過剰が否定され、被告人の一連の刺突行為につき分析的評価がなされることになると思われる。

3 検討

（1）量的過剰を認めた事例の実態

以上のような量的過剰を認めた事例を検討すると、これらの事例には3つの類型が存在するように思われる。まず、事例③のように、

一見すると急迫不正の侵害が終了したことを前提としているように見えるが、実は侵害の継続性を認めた上で、被告人の一連の反撃行為につき質的過剰を認めているに過ぎない類型の存在を認めることができる。前述のように、被告人の一連の反撃行為が問題になった事例は、その多くが侵害の継続性の問題として処理されていることや、侵害の継続性は比較的緩やかな基準で認められていることに照らすと、侵害の継続性が認められないことを明言している事例以外は、このように解すべきであるように思われる。次に、事例⑤のように、急迫不正の侵害の終了を前提として、被告人の一連の反撃行為の時間的・場所的近接性や、反撃行為の態様などの客観的な事情を直接の根拠として、量的過剰を認める類型が存在する。このような類型には、平成20年決定の第1審判決も含まれるが、同決定によりこのような事情を根拠として量的過剰を認めることは否定されたため、同決定の立場からは量的過剰が否定されるべき事例であると解すべきである。そして、事例④のように、被告人が一連の反撃行為に出た際の何らかの内心状況を根拠として量的過剰を認めた類型が存在する。このような事例においては、裁判所が指摘した一連の反撃行為に関する客観的な事情は、被告人の内心状況を推認する間接事実としての意味を有することになる⁹¹。

以上の類型のうち、事例③のような、実は侵害の継続性が認められる類型は、実際には質的過剰の事例として処理されているといえる。また、事例⑤のような、一連の反撃行為に関する客観的な事情を理由に量的過剰を認めた類型は、平成20年決定の論理に従えば量

的過剰が否定されることになる。そこで、平成20年決定の論理に従って、量的過剰の問題として検討すべき事例は、事例④のような、被告人が一連の反撃行為に出た際の何らかの内心状況を根拠として量的過剰を認めた類型に限られることになる。

（2）量的過剰の根拠

それでは、このような量的過剰を認める根拠となるのはどのような内心状況であるのか。前述のように、事例④においても量的過剰が認められたことからすると、やはり刑法36条1項における「防衛の意思」とは異なる主観の事情が根拠となっていると解されるが、具体的には被侵害者にどのような内容の主観の事情が存在する場合に量的過剰が認められるのか。

ところで、事例①によれば、被侵害者の一連の反撃行為が問題となる場面における侵害の継続性の有無は、再度の攻撃の可能性という基準で判断される。そこで、侵害の継続性が認められた事案とは、一見侵害が終了しているように見えるが、再度の攻撃の可能性が高いと評価された事案であり、逆に、侵害の継続性が否定された事例には、同種の状況において、再度の攻撃の可能性が低いと評価された事例も含まれると解することができる。侵害の継続性の判断が予測的・評価的なものである以上、両者の区別は流動的であり、明確な線引きをすることは極めて困難である⁹²。そして、侵害の継続性が認められた場合は、被侵害者は継続的な侵害行為に対抗する意思で反撃行為に出て、それが客観的にも認められる状況であることから、この場合には被侵害者の主観と客観の状況は一致する。

91 事例④では、量的過剰を認める上で死亡の結果を発生させた刺突行為の特定が困難であることも指摘されているが、一連の反撃行為の態様に大きな変化がなければ、このように結果発生に対する寄与度が不明であることが生じうるので、結局は行為者の意思内容に変化が生じなかったことを推認する間接事実として理解することもできるように思われる。

92 遠藤・前掲注（22）147頁。

しかし、侵害の継続性に関する評価は流動的であることから、一見すると再度の侵害の可能性が認められる事例とほぼ同一の状況であっても、事実関係に対する評価によっては侵害の継続性が否定されることもあり得る⁹³。このような場合には、行為者の主観は行為時の客観的状況により基礎付けられる以上は⁹⁴、被害者は、その主観においては侵害の継続性が存在する中で反撃行為に出ていることになり、被害者の主観と客観的状況は分離する。他方、被害者の一連の反撃行為の中で、被害者に再度の侵害の可能性が消失したことを明確に認識させる特段の事情が存在する場合⁹⁵には、被害者の主観と客観的状況は一致することになる。判例が量的過剰の成否を決する上では、「重大な局面の変化」を重視しているとされるが⁹⁶、この「重大な局面の変化」は、被害者に再度の侵害の可能性がないことを明確に認識させる特段の事情の存在として理解することができる。急迫不正の侵害に直面した者は、通常は憤激、興奮した状態で反撃行為に及ぶことから、周囲の状況の変化を正確に認識することは期待できない。しかし、「重大な局面の変化」、すなわち、このような内心状況にある被害者でも認識することが可能な、正当防衛状況の消失を示す事情が生じた場合には、それにより被害者の内心状況に変化が生じることも考えられる。すなわち、判例が重視している「重大な局面の変化」は、そのよう

な客観的事実の存在自体に意味があるのではなく、被害者の内心状況に影響を与える事情として意味があるものであり、それゆえに、被害者の内心状況を推認する重要な間接事実として理解すべきである。このように、平成20年決定に照らして量的過剰の事案として検討すべき事案、すなわち、被告人が一連の反撃行為に出た際の何らかの内心状況を根拠として量的過剰を認めた類型は、侵害の継続性の認定が有する予測的・評価的な性質により、被害者の主観と、裁判で認定された客観的状況の間に、ずれが生じた場合であると理解することができる。

このように考えると、量的過剰が認められるのは、侵害の継続性に関する被害者の認識と客観的状況が分離した場合、すなわち「被害者の主観において正当防衛状況が継続している場合」と解することができる。量的過剰を説明する際にしばしば用いられる「勢い余って反撃行為に出た場合」とは、このような内心状況で追撃行為に及んだ場合を意味するように思われる⁹⁷。平成20年決定の事案においては、被告人の面前で侵害者が仰向けに倒れて動かなくなったことをはっきり認識して反撃行為に及んでいると認められることから、被告人の主観においても正当防衛状況の継続が否定されたと解することができる。これに対して、事例④では、反撃行為によりAの力が弱まったのを感じたのは、当初の反撃行為に及んだ被告人2である。被告

93 事実関係がほとんど同じであるにもかかわらず、急迫不正の侵害の有無につき判断が分かれた事例として、大阪高判昭62・10・28（判タ662号243頁）と東京高判昭62・1・19（判タ650号251頁）。

94 香城・前掲注（10）305頁参照。

95 例えば、被害者の面前で侵害者が倒れて、動く気配を全く見せなくなった場合や、致命傷となる反撃行為が確実に命中した手ごたえがあった場合には、このような特段の事情が認められると思われる。

96 高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（2016年、成文堂）301頁注86参照。

97 なお、量的過剰は、急迫不正の侵害終了後の反撃行為について、侵害終了前の反撃行為と一体的に評価するものである以上、ここで必要とされるのはあくまで正当防衛状況が継続していることの認識である。そこで、自らの反撃行為などにより、正当防衛状況が確定的に終了したことを認識した以上は、それとは別個の新たな正当防衛状況が生じることを予測していた場合であっても、量的過剰は認められないと解される。このような判断を示した事例として、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）。

人1は、Aとの闘争状況によって生じた興奮状態が継続した状態で、被告人2から包丁を手渡されるままに刺突行為に及んだものであるということができ、被告人1の主観においては、正当防衛状況の継続が否定されることはなかったと解することができる。

ここで問題になる被侵害者の内心状況は、現在の判例における防衛の意思よりもさらに希薄なものであるということができ⁹⁸。すなわち、防衛の意思の内容については、一般的に「急迫不正の侵害を認識し、それに対応する意思」などと解されているが⁹⁹、事例④のように、興奮状態の継続により強力な反撃行為に及んだ場合も量的過剰が認められることからすると、当初の侵害状態が継続していることの認識や、再度の侵害に対する危機感さえ存在すれば十分であり、侵害に対応する意思は要求されていないと解される。また、前述のように、専ら攻撃の意思で反撃行為に出たと評価されう場合であっても量的過剰は認められると思われるが、この点でも量的過剰を認める上で必要な被侵害者の意思内容は、刑法36条1項の防衛の意思よりも希薄なものであるということができ¹⁰⁰。量的過剰の問題は、侵害終了後の反撃行為の防衛行為性を独立して問題にするものではなく、侵害終了前の防衛行為と一体的に評価することが許されるかという問題に過ぎず、過剰部分につき完全な違法性阻却を認めるものではないことから、通常の場合に反撃行為に防衛行為としての性質を与えるために必要な意思よりも希薄な意思を根拠として量的過剰を認めることも許されると解される。

このような理解は、近時の量的過剰の問題に関する対立軸において、理論的に妥当と解

される立場と整合的なものである。すなわち、このような理解によれば、「被侵害者の主観における正当防衛状況の継続」が認められる限りは、一連の反撃行為について全体的評価により量的過剰が認められることになる。また、「被侵害者の主観における正当防衛状況の継続」は、正当防衛の要件と関連してその有無が決められるので、犯罪論体系上は違法性段階のみで問題となる。そこで、量的過剰の問題をこのように理解することは、理論的な見地からも妥当であると解される。

第4 量的過剰の問題と正当防衛状況の関係

1 問題の所在

以上のように、量的過剰の成否を決する基準となる被侵害者の主観の事情とは、「行為者の主観における正当防衛状況の継続」という、刑法36条1項の防衛の意思よりもさらに希薄な被侵害者の主観の事情であると解される。それでは、このような主観の事情を理由として、過剰防衛による刑の減免を認めることは許されるのか。たしかに、量的過剰の問題は、過剰防衛の減免根拠論と直ちに結びつくものではない。しかし、過剰防衛の減免根拠論に照らすと刑の減免を認めることができないにもかかわらず、刑法36条2項を適用して刑の減免を認めることは当然許されない。また、量的過剰をこのように理解した場合には、量的過剰は、正当防衛または過剰防衛と誤想防衛または誤想過剰防衛が組み合わされたものと解することもできそうである。そうであるならば、このような場合に反撃行為全体につき36条2項による刑の減免を認めるこ

98 橋爪・前掲注(6)101頁は、「もちろん、侵害の終了を認識しながらも、恐怖心や不安から追撃行為に出る場合には防衛意思が維持されていると表現することは自由であるが、そこにいう防衛意思とは、通常の正当防衛状況における防衛意思とは異なった内容を含んでいるのである。」と指摘する。

99 川口宰護「正当防衛における防衛の意思」大塚仁=佐藤文哉編『新実例刑法【総論】』（2001年、青林書院）107頁、中川・前掲注(10)148頁、高橋・前掲注(96)283頁。

との当否についても検討する必要がある。

そして、量的過剰の判断基準につきこのように考えた場合には、量的過剰の問題と、侵害の継続性、すなわち正当防衛状況の問題は、密接な関連性を有することになる。そこで、両者は具体的にどのような関係にあり、量的過剰が問題となる事案の処理は、どのようなプロセスで行われるべきなのかについて検討する。

2 量的過剰を認めることの当否

（1）過剰防衛の減免根拠との関係

まず、過剰防衛の減免根拠については、違法減少説、責任減少説、違法・責任減少説が主張されているが¹⁰⁰、過剰防衛の場合であっても部分的には正当防衛として評価しうる行為が含まれており、急迫不正の侵害に対する法益保全はある程度はなされていることから違法減少を否定することはできず、また、急迫不正の侵害に晒された人間の心理状態からすると、責任減少も否定することはできないことから、違法・責任減少説が妥当であると解される¹⁰¹。

そして、量的過剰を、行為者の主観において正当防衛状況が継続している場合と理解した場合でも、上記の過剰防衛の減免根拠論から、刑法36条2項による刑の減免を説明することは可能である。すなわち、被告人の一連の反撃行為について量的過剰を認めた場合には、侵害の継続性が消失する部分までの反撃行為については、客観的にも急迫不正の侵害に対する防衛行為であると解することができる。また、客観的には侵害の継続性が消失し

た後であっても、被侵害者が再度の侵害を危惧し、それを防ぐために反撃行為に出ることは、正当防衛状況に準ずる状況下で反撃行為に出たものであると評価し得ることからも、ある程度違法性の減少が認められると解することができる¹⁰²。さらに、この場合には行為者の主観においては正当防衛状況が継続しており、また、このような内心状況は、多くの場合興奮状態を伴うものである以上は、行為者が反撃行為に出たことについての非難可能性も減少していると解することができ、責任の減少も認めることができる。量的過剰を認めるべき根拠としては、しばしば急迫不正の侵害に晒された被侵害者が勢い余ってやりすぎた場合の救済ということが指摘される¹⁰³が、行為者の主観においては正当防衛状況が継続し、興奮状態を伴う心理状態で反撃行為に出た場合は、まさに量的過剰を認めるべき場合であるといえることができる。

そこで、このような場合に刑法36条2項による刑の減免を認めることも、過剰防衛の刑の減免根拠に照らして妥当であると解することができる。

（2）誤想防衛との関係

もっとも、量的過剰の問題をこのように解した場合には、客観的に侵害行為が終了した後の反撃行為を、誤想防衛または誤想過剰防衛として理解することもできそうである。そうであるならば、このような理解に基づく量的過剰の問題は、誤想防衛または誤想過剰防衛の問題として処理すべきであるようにも思われる¹⁰⁴。

100 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年、有斐閣）140頁以下、高橋・前掲注（96）297頁。

101 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）241頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年、有斐閣）395頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年、成文堂）291頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年、成文堂）106頁、山口・前掲注（100）142頁、高橋・前掲注（96）298頁など。

102 川端・前掲注（3）168頁参照。

103 松田・前掲注（3）507頁、松尾・前掲注（9）142頁、川端・前掲注（3）168頁。

104 橋爪・前掲注（6）100頁、佐藤・前掲注（1）176頁、橋田・前掲注（2）産大法学235頁、植田・前掲注（6）60頁。

しかし、この場合に問題となる「行為者の主観における正当防衛状況の継続」は、36条1項の防衛の意思よりもさらに希薄な内容の主観の事情である。そして、判例は誤想防衛が成立するためには、急迫不正の侵害の誤想に加えて防衛の意思が必要であると解しており¹⁰⁵、誤想防衛・誤想過剰防衛の成否を検討する中で、防衛の意思の有無を問題にした事例も複数存在する¹⁰⁶。そうであるならば、防衛の意思が認められないために誤想防衛・誤想過剰防衛は否定されるが、「行為者の主観における正当防衛状況の継続」は認めることができ、量的過剰が認められる事例も存在しうるとされる¹⁰⁷。そこで、このような事情により量的過剰が認められる場合は、単に正当防衛・誤想防衛と誤想防衛・誤想過剰防衛が組み合わされた場合ではなく、一連の反撃行為が「行為者の主観における正当防衛状況の継続」により結び付けられた場合であり、反撃行為の「防衛事象の性格、すなわち防衛行為としての性質が継続している場合」と言い換えることもできるように思われる¹⁰⁸。

また、そもそも侵害の継続性の有無に関する認定は流動的であり、それに加えて、急迫不正の侵害が存在する場合とその誤想のみが存在する場合を明確に区別することは困難である¹⁰⁹。さらに、誤想過剰防衛の法的効果について、判例は過剰性の認識がある場合には故意が阻却されず、刑法36条2項の準用がなされるにすぎないと解しているが¹¹⁰、量的過剰が認められる事例では、被侵害者は通常興奮状態にあることから、反撃行為の内容を相

当性が認められる範囲にとどめることはほとんど不可能であり、通常は過剰性を認識しつつ反撃行為を継続することになると思われる。そこで、量的過剰が問題になる事例の後段部分は、必然的に誤想過剰防衛になると解することができ、法的効果としては結局は刑法36条2項による刑の減免のみが問題になる。そうであるならば、量的過剰が問題になる事例においては、わざわざどの部分までに侵害の継続性が認められるかを認定することなく、一連の行為全体について、量的過剰の成否を問題にする方が、事案の処理として合理的であるといえることができる。

3 正当防衛状況のとの関係

（1）前提としての正当防衛状況

それでは、このような理解に基づく量的過剰の問題は、正当防衛状況の問題とどのような関係にあるのか。まず、量的過剰が認められる根拠を正当防衛状況の存否に関する被侵害者の主観の事情に求めたとしても、当初から正当防衛状況が客観的に存在しなかった場合に量的過剰が認められないことは当然である。量的過剰とは、正当防衛状況が客観的に消失した後の反撃行為を、正当防衛状況が存在している時点の反撃行為と一体的に評価して刑法36条2項による刑の減免を認めるものである。このような場合には、量的過剰が問題になることはなく、誤想防衛又は誤想過剰防衛のみが問題になる。

同様に、客観的には侵害行為が存在するが、積極的加害意思や自招防衛を理由に被侵

105 東京高判昭32・7・18（判タ73号73頁）。

106 このような事例として、東京高判昭54・5・15（判時937号123頁）、東京地判平5・1・11（判時1462号159頁）、大阪高判平12・6・2（判タ1066号285頁）、広島高松江支判平14・3・18（裁判所ウェブサイト）。

107 事例④は、まさにこのような場合に当たるといえることができる。

108 安田・前掲注（2）刑法雑誌176頁、同・前掲注（2）立石古稀246頁、橋爪・前掲注（6）101頁。

109 和田真ほか「正当防衛について（下）」判例タイムズ1366号（2012年）57頁参照、拙稿・前掲注（71）90頁。

110 最決昭62・3・26（刑集41巻2号182頁）。

害者の正当防衛状況が否定される場合にも、量的過剰は問題にならないと解するべきである。正当防衛状況は、単なる客観的・事実的な要件ではなく、被侵害者の反撃行為に正当防衛行為としての性質を与える規範的・総合的な要件であり¹¹¹、客観的に侵害が迫っている場合であっても、積極的加害意思を有している場合や自招防衛の場合には、正当防衛状況は否定されることになる¹¹²。このような場合には、そもそも最初から被侵害者の反撃行為に防衛行為としての性質が与えられることはないので、客観的に侵害が終了した後の反撃行為の際に被侵害者がどのような内心状況にあったとしても、侵害終了後の反撃行為が、侵害に対する防衛行為と一体的に評価されることはない。このような理解によれば、被侵害者が当初から積極的加害意思を有していた場合にも量的過剰は問題になり得ないことになるが、このことは侵害終了後の反撃行為が専ら攻撃の意思でなされていた場合であっても量的過剰が認められるとすることとは矛盾しない。なぜなら、正当防衛状況の存否に関連して問題となる積極的加害意思と、防衛の意思と関連して問題となる攻撃の意思は、その問題となる時点や内容が異なる概念であるからである¹¹³。すなわち、積極的加害意思が認められる場合には、当初から正当防衛状況が存在せず、反撃行為に防衛行為としての性質が与えられることは一切ないが、正当防衛状況を否定する事情が存在しない場合には、当初の反撃行為については防衛行為としての性質が認められるので、侵害終了後の反撃行為が専ら攻撃の意思で行われた場合でも、侵害終了後の反撃行為をこれと一体のも

のとして評価することは必ずしも妨げられないと解される。

以上のように、量的過剰が認められるためには、当初の反撃行為の際に正当防衛状況が存在することが当然の前提となり、客観的に侵害行為が存在しない場合だけでなく、積極的加害意思や自招防衛を理由に正当防衛状況が否定される場合にも、量的過剰は問題にならない。このことは、侵害の急迫性が否定される場合には過剰防衛の成立の余地がないとされること¹¹⁴からも当然の帰結である。すなわち、量的過剰の問題は、単に侵害が客観的に迫っていることではない、規範的・総合的な要件としての正当防衛状況が存在することが前提となっているといえる。

（2）認定のプロセス

以上のような理解に基づく量的過剰の問題は、以下のプロセスで処理されることになると思われる。まず、正当防衛状況の有無の問題として、被侵害者の一連の反撃行為について、侵害の継続性が認められるかを判断する。侵害の継続性が認められる場合には、一連の反撃行為について質的過剰が問題になる。しかし、侵害の継続性が否定された場合には、量的過剰が問題になり、被侵害者の主観において正当防衛状況が継続していると認められる場合には、一連の行為全体につき量的過剰による刑の減免が認められる。これに対して、このような被侵害者の主観における正当防衛状況の継続が認められない場合には量的過剰は否定され、侵害の継続が認められる部分については正当防衛または過剰防衛が成立し、侵害終了後の行為については単なる

111 香城・前掲注（63）250頁、波床・前掲注（63）90頁。

112 このような理由から正当防衛状況を否定した代表的な判例として、最決昭52・7・21（刑集31巻4号747頁）、最決平20・5・20（刑集62巻6号1786頁）。

113 安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和60年度〕』（1989年、法曹会）150頁、堀籠＝中山・前掲注（1）610-1頁、高橋・前掲注（96）277頁、西田・前掲注（63）172-3頁、波床・前掲注（63）89頁、山口・前掲注（100）134頁、川口・前掲注（99）108頁など。

114 最判昭23・7・7（刑集2巻8号793頁）。

犯罪行為となる。

このような認定のプロセスにおいては、正当防衛状況の問題としての侵害の継続性の認定が最も重要である。前述のように、侵害の継続性が問題になる事例の多くは、侵害の継続性が認められ、正当防衛または質的過剰のどちらかが成立することになる。そして、これと同種の事案において、事実関係に対する評価の微妙な差異によって客観的な侵害の継続性が否定された場合に、被侵害者の主観における正当防衛状況の継続が認められる場合が量的過剰であるが、このような被侵害者の主観を基礎付けるのは、客観的な正当防衛状況の存在である以上、通常であれば被侵害者の主観においては正当防衛状況の継続が認められることになる¹¹⁵。しかし、このような被侵害者の主観に変化を生じさせる事情、すなわち「重大な局面の変化」が存在する場合には、このような事情の存在が被侵害者の内心状況に変化を生じさせたとして、被侵害者の主観における正当防衛状況の継続が消失したと認定され、量的過剰が否定されることになる。そうであるならば、侵害の継続性が否定され、量的過剰の成否が問題になる事案において問題にすべきは、このような被侵害者の主観に変化を生じさせる「重大な局面の変化」の有無、すなわち、侵害者の体勢の大きな変化や、反撃行為の効力が絶大であったことなどの事情の有無のみであると思われる¹¹⁶。例えば、平成20年決定においては、Aが被告人の面前で仰向けに倒れて後頭部を打ち付けて動かなくなったという事情を、行為

者の主観における正当防衛状況の継続を消失させる「重大な局面の変化」として理解することができる。

以上のような認定のプロセスからすると、量的過剰の問題は、それ自体が特別に問題になるものではなく、侵害の継続性が問題になる事案の「認定落ち」としてのみ問題になるということができる。そこで、量的過剰が問題となる事案の処理においても、結局は正当防衛状況の認定が最も重要な問題であると解するべきである。

第5 おわりに

本稿は、量的過剰の問題は、前構成要件的な行為論の問題ではなく、犯罪論体系上の違法性段階でのみ問題となる反撃行為の防衛行為性に関する問題であり、一連の反撃行為については全体的評価を原則とすべきことを前提として、量的過剰が認められる場合は、「行為者の主観における正当防衛状況の継続」が認められる場合であるとした。その上で、量的過剰が問題になる事案の処理においても、結局は正当防衛状況に関する判断が重要であり、量的過剰の成否を決する上で検討すべき問題は、被侵害者の主観に変化を生じさせる「重大な局面の変化」の有無であると解するものである。

このような見解は、量的過剰が完全な違法性阻却を認めるものではない以上、行為者の主観を理由として違法性阻却を認める見解と直ちに結びつくものではない¹¹⁷。また、量的

115 もっとも、このような事案では侵害の継続性が認められる場合が多いので、侵害の継続性が否定された上で量的過剰が認められる事案の数は少ないことになると解される。

116 香城・前掲注(10) 305-6頁は、「例外的に侵害とは無関係に行為に出たと認められる事情がある場合ないしは専ら攻撃の意思で行為に出たと認められる場合には、防衛の意思が否定されることになる。」とするが、量的過剰が否定されるのもこれと同じような場合であると解される。

117 もっとも、正当防衛状況は規範的・総合的な要件であり、その認定には必然的に予測的・評価的な要素が入ることや、行為者の主観も結局は客観的事情からの推認により認定されることからすると、実際には、行為者が正当防衛状況の存在を相当な理由により確信している場合と正当防衛状況が客観的に存在する場合との間にそれほど差はないので、行為者の主観を理由に正当防衛状況を認める見解もそれほど不合理ではないと解される。この点につき、拙稿・前掲注(71) 90頁以下。

過剰の成否が問題となる事案は、そのほとんどが相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になった事例である。このような状況下において正当防衛の成否が問題となる事例、すなわち、積極的加害意思や自招防衛を理由とする正当防衛権の制限が問題となる事例は、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件としての、正当防衛状況の問題として処理されるべきである¹¹⁸。そうであるなら

ば、これらの事例と同じように、主に相互闘争状況下における正当防衛の成否が問題となる事例で問題となる量的過剰の問題についても、正当防衛状況の観点から問題にして、正当防衛状況の認定の問題と結びつけて検討するのが、事案の処理としては最も合理的であるといえることができる。

（筑波大学人文社会系助教）

118 拙稿「正当防衛状況という判断基準について（2・完）—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—」早稲田大学大学院法研論集141号（2012年）69頁以下、同「自招防衛の処理について」早稲田大学大学院法研論集143号（2012年）119頁以下。